

Aufsatz ÖR

Prof. Dr. Markus Ludwigs und Sabine Weidermann, LL.M. Eur.

Drittwirkung der Europäischen Grundfreiheiten – Von der Divergenz zur Konvergenz?

Markus Ludwigs: Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht und Europarecht an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg.

Sabine Weidermann: Die Autorin ist Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl von Prof. Dr. Ludwigs.

Die Drittwirkung der EU-Grundfreiheiten zählt zu den immer wiederkehrenden Kernfragen des Europäischen Wirtschaftsrechts. Einen weiteren Meilenstein in der Diskussion liefert die Fra.bo-Entscheidung des EuGH vom 12. Juli 2012. Dort hat der Gerichtshof erstmals grundlegend positiv über eine direkte Bindung Privater innerhalb der Warenverkehrsfreiheit befunden. Der Beitrag ordnet diese Neuausrichtung in die bestehende Drittwirkungsdogmatik ein, klärt verbleibende Streitpunkte und gelangt zu dem Ergebnis einer gesteigerten Konvergenz aller Europäischen Grundfreiheiten.

I. Einführung

Die Erweiterung der Verpflichtungsadressaten für die Warenverkehrsfreiheit im aktuellen *Fra.bo*-Urteil¹ weist in Richtung einer fortschreitenden Parallelität der Grundfreiheiten und gibt Anlass, die Drittwirkungsproblematik einer aktuellen Analyse zu unterziehen. Im Zentrum stehen die Entwicklung der Rechtsprechung des Gerichtshofs und ihre Rezeption im Schrifttum. Hierzu sind auf einer ersten Stufe Begriff und Gegenstand einer direkten Privatrechtswirkung der Grundfreiheiten zu bestimmen (II.). Sodann werden die Grundzüge der EuGH-Judikatur zu den Personenverkehrsfreiheiten und zur Dienstleistungsfreiheit skizziert (III.). In einem dritten Schritt gilt es, zunächst den vermeintlichen Gegenentwurf im Bereich der Warenverkehrsfreiheit zu beleuchten, bevor auf den mit der Rs. *Fra.bo* eingeleiteten Paradigmenwechsel einzugehen ist (IV.).

¹ EuGH, Rs C-171/11 EuZW 2012, 797 Rn 17 ff – *Fra.bo*; nachfolgend OLG Düsseldorf, Urt. v. 14. 8. 2013 – VI-2 u (Kart) 15/08, 2 u (Kart) 15/08 (juris); aus der Lit *Ehlers* JK 3/13, AEUV Art 34/2; *Kloepfer/Greve* DVBl 2013, 1148 ff; *Schmahl/Jung* NVwZ 2013, 607 ff; *Streinz* JuS 2013, 182 ff; *Schweitzer* EuZW 2012, 765 ff.

Abschließend soll der Fokus auf die noch offenen Fragen der Drittwirkungsdebatte gelegt werden (V.).

II. Begriff und Gegenstand der unmittelbaren Drittwirkung

1. Drittwirkung im Allgemeinen

Mit dem Begriff der Drittwirkung wird die unmittelbare oder mittelbare Bindung nichtstaatlicher (privater) Rechtssubjekte an das Unionsrecht bei der privatautonomen Ausgestaltung ihrer Horizontalverhältnisse gekennzeichnet². Eine *unmittelbare* Drittwirkung liegt vor, wenn sich ein Privatrechtssubjekt direkt, d. h. ohne Zwischenschaltung des Staates, gegenüber anderen Privaten auf EU-Recht berufen kann³. Im Kontrast hierzu ist von einer *mittelbaren* Drittwirkung zu sprechen, wenn private Marktteilnehmer in ihren Rechtsbeziehungen zueinander zwar nicht direkt auf die unionsrechtlichen Garantien rekurrieren können, diese aber vermittels hoheitlichen Handelns zur Geltung gebracht werden. Unmittelbarer Normadressat sind dann gerade nicht die Privaten, sondern es ist der Staat, dem eine Schutzpflicht zugunsten des Einzelnen obliegt⁴.

Während im deutschen Verfassungsrecht eine unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte im Grundsatz abgelehnt wird⁵, erweist sich die Unionsrechtsordnung prinzipiell als offener für eine direkte Privatrechtswirkung der darin enthaltenen materiellen Garantien. Im Ausgangspunkt ist freilich auch hier zu betonen, dass sich die EuGH-Judikatur bislang eher zurückhaltend im Hinblick

² Statt vieler *Körber* Grundfreiheiten und Privatrecht, 2004, S 633.

³ Vgl z. B. *Canaris* Bauer ua (Hrsg) Umwelt, Wirtschaft und Recht, 2002, S 29 (31 ff).

⁴ *Kingreen* Die Struktur der Grundfreiheiten des EG-Rechts, 1999, S 196, »strukturelle Dreiecksbeziehung«.

⁵ Näher *Maunz/Dürig/Herdegen* Grundgesetz-Kommentar, 2013, Art 1 GG Rn 59 ff, auch zu den diskutierten Ausnahmen (Art 9 III 2 bzw Art 1 I GG); weitergehend noch BAG NJW 1955, 606 (607); zur Anerkennung einer *mittelbaren* Drittwirkung grundlegend BVerfGE 7, 198 (204 ff) – Lüth.

auf eine unmittelbare Drittwirkung der *EU-Grundrechte* gezeigt hat. Für ein restriktives Verständnis spricht vor allem Art. 51 I 1 GRCh. Dort werden als Grundrechtsverpflichtete allein die Organe, Einrichtungen und Stellen der EU sowie – begrenzt auf die Durchführung von Unionsrecht – die Mitgliedstaaten genannt. Vor diesem Hintergrund wird überwiegend für eine bloß mittelbare Drittwirkung der Unionsgrundrechte plädiert⁶. Dessen ungeachtet lassen sich in der Judikatur des EuGH aber auch vereinzelt Beispiele für die Anerkennung einer unmittelbaren Drittwirkung nachweisen. Dies gilt für den, als materielles Grundrecht zu qualifizierenden Grundsatz des gleichen Entgelts für Männer und Frauen aus Art. 157 I AEUV⁷ ebenso, wie für das in der *Mangold*-Entscheidung entwickelte Verbot der Altersdiskriminierung⁸. Außerhalb der EU-Grundrechte wird eine direkte Privatrechtswirkung des Unionsrechts bislang unstreitig für das *Kartellverbot* des Art. 101 AEUV und das *Missbrauchsverbot* des Art. 102 AEUV bejaht⁹. Auf grundsätzliche Ablehnung in der EuGH-Judikatur stößt dagegen die These einer Horizontalwirkung nicht ordnungsgemäß umgesetzter *Richtlinien*¹⁰.

Ganz im Zentrum der Drittwirkungsdogmatik steht aber die Frage einer unmittelbaren Privatrechtswirkung der *EU-Grundfreiheiten*. Hierzu hat sich eine ausdifferenzierte Judikatur des EuGH gebildet, die im Schrifttum kontrovers diskutiert wird. Diese Abhandlung soll zur Systematisierung beitragen und ungelöste Fragen diskutieren.

2. Grundlagen einer unmittelbaren Drittwirkung der Grundfreiheiten

Im Ausgangspunkt ist festzuhalten, dass die primäre Wirkrichtung der europäischen Grundfreiheiten in der Abwehr hoheitlicher Eingriffe besteht¹¹. Zum einen ist es

typischerweise der Staat, dem eine solche legislative oder administrative Machtfülle eingeräumt wird, die es ihm erlaubt, grenzüberschreitende Wirtschaftsaktivitäten zu behindern. Zum anderen existiert nicht selten ein politischer Wille, durch die Ausgestaltung des innerstaatlichen Rechts, die im Staatsgebiet ansässigen Personen gegenüber Gebietsfremden besser zu stellen. Private haben solche marktbeschränkenden Einflussmöglichkeiten regelmäßig nicht.

Gestärkt wird die effektive Durchsetzung der Grundfreiheiten vor allem dadurch, dass der EuGH ein weites Staatsverständnis zugrundelegt. Die Bindungswirkung erstreckt sich neben öffentlichen Unternehmen (Art. 106 AEUV)¹² auch auf Beliehene¹³ und Standesorganisationen¹⁴. Darüber hinaus wird neben förmlichen Rechtsakten auch staatliches Informationshandeln mit rein mittelbar-faktischen Auswirkungen erfasst¹⁵. Der Grund für ein derart extensives Verständnis besteht darin, dass in allen genannten Fällen eine Zurechnung des Handelns zum Staat möglich ist. Hierdurch soll die Verantwortung der Mitgliedstaaten für Verstöße gegen Unionsrecht unterstrichen und eine »Flucht ins Privatrecht« ausgeschlossen werden¹⁶.

Der EuGH ist dabei allerdings nicht stehen geblieben, sondern hat seit den 1970er Jahren schrittweise auch eine unmittelbare Horizontalwirkung der Grundfreiheiten anerkannt. In der praktischen Konsequenz bedeutet dies, dass sich Private z. B. im Rahmen von *Schadensersatzklagen* (§ 823 II BGB) sowie bei der Geltendmachung von *Unterlassungs- und Beseitigungsansprüchen* (§ 1004 BGB) direkt auf eine Verletzung der Grundfreiheiten berufen können¹⁷. Dem Unionsrecht wird mithin über die klassisch-zivilrechtlichen Sanktionen zur tatsächlichen Durchsetzung verholten¹⁸.

⁶ Statt vieler Ehlers ders (Hrsg) Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 3. Aufl. 2009, § 14 Rn 54; Calliess/Ruffert/Kingreen EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art 51 GRCh Rn 18 mwN.

⁷ Grundlegend EuGH, Rs 43/75, Slg 1976, 455 Rn 38/39, 68 – Defrenne/Sabena.

⁸ EuGH, Rs C-144/04, Slg 2005, I-9981 Rn 75 f, 78 – Mangold; bestätigt in EuGH, Rs C-555/07, Slg 2010, I-365 Rn 51 – Küçükdevici.

⁹ Statt vieler Calliess/Ruffert/Weiß (Fn 6), Art 101 Rn 13ff; Art 102 Rn 4.

¹⁰ EuGH, Rs 152/84, Slg 1986, 723 Rn 48 – Marshall; EuGH, Rs C-91/92, Slg 1994, I-3325 Rn 24 f, 39 – Faccini Dori; Überblick bei Streinz/Schroeder EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art 288 AEUV Rn 115ff.

¹¹ Statt vieler Körber (Fn 2), S 79; zur Bindung der Unionsorgane jüngst EuGH, Rs C-97/09, Slg 2010, I-10465 Rn 50 – Schmelz; ausführlich Zazoff Der Unionsgesetzgeber als Adressat der Grundfreiheiten, 2011, S 70 ff mwN.

¹² Vgl z. B. EuGH, verb Rs 188–190/80, Slg 1982, 2545 Rn 12 – Frankreich ua/Kommission.

¹³ Hierzu Barthel/Lepczyk JA 2008, 436 (436 ff).

¹⁴ EuGH, verb Rs 266 u 267/87, Slg 1989, 1295 Rn 15 f – Royal Pharmaceutical Society of Great Britain; EuGH, Rs C-292/92, Slg 1993, I-6787 Rn 12 ff – Hünernmund.

¹⁵ EuGH, Rs 249/81, Slg 1982, 4005 Rn 15, 17 f, 21, 29 – Buy Irish; EuGH, Rs C-325/00, Slg 2002, I-9977 Rn 14 ff, 22 ff – CMA-Gütesiegel.

¹⁶ Frenz Handbuch Europarecht, Bd 1, 2. Aufl. 2012, Rn 326.

¹⁷ Näher z. B. Roth EWS 2013, 16 (27).

¹⁸ Reich ZfRv 2009, 148 (151).

III. Entwicklung der unmittelbaren Drittwirkung im Bereich der Personenverkehrsfreiheiten und der Dienstleistungsfreiheit

Die Entwicklung der Drittwirkungslehre des EuGH hat ihren Ursprung im Bereich der Personenverkehrsfreiheiten und der Dienstleistungsfreiheit. Aus heutiger Sicht lassen sich bei systematisierender Betrachtung *zwei zentrale Fallgruppen* unterscheiden. *Erstens* plädiert der EuGH für eine unmittelbare Grundfreiheitenbindung sog. *intermediärer Gewalten* (1.). Innerhalb dieser Kategorie kann weiter zwischen einer Privatrechtswirkung im *Innenverhältnis* gegenüber den eigenen Mitgliedern (a)) und einer Verpflichtung im *Außenverhältnis* gegenüber Dritten (b)) differenziert werden. *Zweitens* hat der EuGH darüber hinaus zumindest für die Arbeitnehmerfreizügigkeit auch beim Handeln eines *sonstigen* (*»einfachen«*) *Privaten* eine direkte Bindung angenommen (2.).

1. Intermediäre Gewalten

a) Unmittelbare Drittwirkung bei Handeln im Innenverhältnis

Fall 1: Die Kläger des Ausgangsverfahrens Walrave und Koch begleiteten Radrennfahrer gegen Entgelt auf Motorrädern und boten diesen Windschatten (sog. »Steher«-Rennen). Nach den Regeln des Radsportverbands UCI für Weltmeisterschaften mussten Schrittmacher und Radrennfahrer dieselbe Staatsangehörigkeit besitzen. Die Kläger sahen hierin eine europarechtswidrige Diskriminierung. Das angerufene nationale Gericht legte dem EuGH u. a. Fragen nach der Auslegung von Art. 7, 48 und 59 EWG-Vertrag (Art. 18, 45 und 56 AEUV) zur Vorabentscheidung vor.

Fall 2: Der belgische Profifußballer Bosman wollte nach Auslaufen seines Vertrags beim RC Lüttich zum französischen Zweitligisten US Dunkirchen wechseln. Nach den Statuten der nationalen Fußballverbände und der UEFA hatte der alte gegen den neuen Verein – unabhängig vom Auslaufen des Vertrages – Anspruch auf eine Transferentschädigung. Der RC Lüttich zweifelte an der Zahlungsfähigkeit des US Dunkirchen und verhinderte daher die Freigabeerklärung durch den nationalen Verband. Weitere Bemühungen Bosmans, einen neuen Verein zu finden, scheiterten sowohl an der Transferregelung als auch an einer Ausländerklausel in den Reglements der UEFA, die es nationalen Verbänden erlaubte, den Einsatz ausländischer Spieler zu begrenzen (*»3+2-Klausel«*). Bosman verklagte den RC Lüttich, den belgischen Fußballverband und die UEFA auf Schadensersatz und Unterlassung. Das zuständige Gericht befand den EuGH in der Sache mit der Frage, ob die Transferregelungen und die

Ausländerklausel mit der Arbeitnehmerfreizügigkeit nach Art. 48 EG (Art. 45 AEUV) vereinbar seien.

Die Entscheidung in der Rs. *Walrave* (Fall 1) aus dem Jahr 1974 bildet den Auftakt innerhalb der *ersten Fallgruppe* der EuGH-Judikatur zur unmittelbaren Drittwirkung der Grundfreiheiten gegenüber *intermediären Gewalten im Innenverhältnis*. Der Gerichtshof stellte erstmals eine direkte Privatrechtswirkung fest, indem er das Verbot der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit aus den Art. 18, 45 und 56 AEUV explizit auch auf »sonstige [nicht-staatliche] Maßnahmen« anwendete, die eine »kollektive Regelung im Arbeits- und Dienstleistungsbereich enthalten«¹⁹. Zur Begründung rekurrierte er auf ein Zweifaches. Zum einen bestünde das Risiko, dass die Wirksamkeit einer Beseitigung von staatlichen Hindernissen dadurch abgeschwächt werde, »daß privatrechtliche Vereinigungen oder Einrichtungen kraft ihrer *rechtlichen Autonomie* derartige Hindernisse [wieder] aufrichteten«²⁰. Zum anderen drohe bei einer Beschränkung auf staatliche Maßnahmen die Gefahr »daß das fragliche Verbot nicht einheitlich angewandt würde«, da die Arbeitsbedingungen je nach Mitgliedstaat entweder durch Gesetz, Verordnung, Vertrag oder sonstiges Rechtsgeschäft von Privatpersonen geschlossen oder vorgenommen werden²¹.

In der Folgezeit setzte der Gerichtshof diese Judikatur konsequent fort²², wobei zwei Aspekte Hervorhebung verdienen: *Erstens* erfolgte in der Rs. *Van Ameyde* von 1977 die Übertragung der in *Walrave* entwickelten Drittwirkungsgrundsätze auf die Niederlassungsfreiheit²³. *Zweitens* nahm der Gerichtshof in der Rs. *Bosman* aus dem Jahr 1995 (Fall 2) eine wichtige Klarstellung dahingehend vor²⁴, dass sich die Bindung intermediärer Gewalten vollumfänglich auf die Funktion der Grundfreiheiten als Diskriminierungs- und Beschränkungsverbote erstreckt²⁵. Anders als die offen nach der Staatsangehörigkeit diskriminierende »3+2-Klausel« stellte die Transferregelung eine rein beschränkende Maßnahme dar. Den EuGH hinderte dies in-

¹⁹ EuGH, Rs 36/74, Slg 1974, 1405 Rn 16/19, 20/24 – Walrave; bestätigend ua EuGH, Rs 13/76, Slg 1976, 1333 Rn 17/18 – Dona.

²⁰ EuGH, Rs 36/74, Slg 1974, 1405 Rn 16/19 – Walrave (Hervorhebung v Verf.).

²¹ Ibid.

²² Vgl z.B. EuGH, Rs C-176/96, Slg 2000, I-2681 Rn 35 – Lehtonen; EuGH, verb Rs C-51/96 u C-191/96, Slg 2000, I-2549 Rn 47 – Deliege; EuGH, Rs C-309/99, Slg 2002, I-1577 Rn 120 – Wouters; EuGH, Rs C-325/08, Slg 2010, I-2177 Rn 30 – Olympique Lyonnais.

²³ EuGH, Rs 90/76, Slg 1977, 1091 Rn 28 – Van Ameyde.

²⁴ Ähnliche Bewertung bei *Khuth* AöR 122 (1997), 557 (567).

²⁵ EuGH, Rs C-415/93, Slg 1995, I-4921 Rn 45, 83, 96, 114 f – Bosman.

des nicht daran, auch insoweit eine strenge Prüfung am Maßstab der Arbeitnehmerfreizügigkeit vorzunehmen.

aa) Kritik im Schrifttum

In der Literatur hat die Rechtsprechung des Gerichtshofs neben Zustimmung²⁶ auch vielfältige Kritik erfahren. Im Wesentlichen werden vier Einwände formuliert²⁷. *Erstens* wird auf den rein staatsgerichteten *Wortlaut* des AEU-Vertrags verwiesen²⁸. Dem ist indes entgegenzuhalten, dass sich die Formulierungen in den Artikeln 34 f., 45, 49, 56 und 63 AEUV bei näherer Betrachtung als neutral erweisen²⁹. An keiner Stelle erfolgt eine exklusive Fokussierung auf hoheitliches Handeln.

Zweitens wird in *systematischer Hinsicht* angeführt, dass die *Rechtfertigungsgründe* auf staatliche Maßnahmen zugeschnitten seien³⁰. Die eingeschränkte Passgenauigkeit für privates Handeln bedeutet indes nicht zwingend eine Absage an eine unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten³¹. Zum einen können auch private Maßnahmen im Einzelfall einem Allgemeininteresse dienen³². Hieran ist insbesondere bei einem Handeln intermediärer («staatsähnlicher») Gewalten zu denken. Zum anderen liefern gerade die grundlegenden Entscheidungen *Cassis de Dijon* und *Gebhard*, in denen der EuGH ungeschriebene Rechtfertigungsgründe entwickelt hat³³, einen Beleg für die dynamische Entwicklung der Dogmatik. Insbesondere ist kein Grund ersichtlich, weshalb sich die ungeschriebenen Rechtfertigungsgründe allein auf zwingende Erfordernisse bzw. Gründe gerade des Allgemeininteresses beziehen müssten. Selbst wenn man dies aber anders sehen wollte, würde jedenfalls die seit der Rs. *Schmidberger* anerkannte rechtfertigende Funktion der Unionsgrundrech-

te³⁴ Raum für die Rechtfertigung von Eingriffen Privater in die Grundfreiheiten liefern.

Drittens wird – ebenfalls in systematischer Hinsicht – darauf hingewiesen, dass der Schutz vor Handlungen Privater durch die *Wettbewerbsvorschriften* des AEU-Vertrages gewährleistet wird³⁵. Zu beachten ist aber bereits, dass sich auch die Art. 101 und 102 AEUV keineswegs exklusiv an die Privaten richten. Der EuGH hat vielmehr über die Brücke des Loyalitätsgebots aus Art. 4 III EUV auch eine (mittelbare) Bindung der Mitgliedstaaten an das Kartell- und Missbrauchsverbot angenommen³⁶. Die kategorische Annahme einer alleinigen Ausrichtung des Unionsrechts auf den Staat einerseits (Grundfreiheiten) und die Privaten andererseits (EU-Kartellrecht) würde im Übrigen das umfassende Ziel der Verwirklichung des Binnenmarktes negieren und damit seine Realisierung gefährden.

Viertens wird vorgetragen, dass mit der *Schutzpflichtenkonstruktion* eine wirksame Alternative zur unmittelbaren Drittwirkung existiert³⁷. Damit wird aber suggeriert, dass nur entweder eine direkte Privatrechtsbindung oder eine mittelbare Drittwirkung denkbar ist. Im Übrigen sind Konstellationen denkbar, in denen sich die Schutzpflichtenlösung als zu schwerfällig für die effektive Durchsetzung der Grundfreiheiten erweist. Hierzu kann es unter Umständen dann kommen, wenn sich eine Abhilfe nicht bereits auf behördlichem Wege, sondern erst über den Verwaltungsrechtsschutz realisieren lässt.

bb) Rechtsprechung des EuGH

Greifen die gegen eine unmittelbare Drittwirkung vorgebrachten Einwände nicht durch, ist auf die Tatsache zurückzukommen, dass private Handlungen dieselbe Gefährdungsrichtung einschlagen können wie staatliche Maßnahmen. Es kommt nicht auf den Handelnden, sondern auf die hindernden Wirkungen an. Vor diesem Hintergrund lassen der *Effektivitätsgedanke* (effet utile) im Allgemeinen und das *Gebot der einheitlichen Anwendung* des Unionsrechts im Besonderen eine unmittelbare Bindung Privater an die Grundfreiheiten im Grundsatz tragfähig erscheinen.

26 Vgl etwa *Hilf/Pache* NJW 1996, 1169 (1176 f); *Steindorff* FS Lerche, 1993, S 575 (586).

27 Überblick bei *Ehlers* ders (Fn 6), § 7 Rn 53.

28 *Körber* EuR 2000, 932 (949); *Burgi* EWS 1999, 327 (329, 331 f).

29 Vgl auch EuGH, Rs 36/74, Slg 1974, 1405 Rn 20/24 – Walrave; EuGH, Rs C-281/98, Slg 2000, I-4139 Rn 30 – Angonese; aus der Lit *Streinz/Leible* EuZW 2000, 459 (461).

30 *Remmert JURA* 2003, 13 (14 f); *Jaensch* Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten, 1997, S 124; *Roth* FS Everling, Bd 2, 1995, S 1231 (1241 f).

31 *Kronberg* Voraussetzungen und Grenzen der Bindung von Sportverbänden an die Europäischen Grundfreiheiten, 2011, S 63; *Burgi* EWS 1999, 327 (329).

32 Vgl z. B. EuGH, Rs C-415/93, Slg 1995, I-4921 Rn 106 – Bosman, wo von der »beträchtlichen sozialen Bedeutung [die Rede ist], die (...) dem Fußball in der Gemeinschaft zukommt«; aus der Lit *Förster* Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten, 2006, S 61.

33 EuGH, Rs 120/78, Slg 1979, 649 Rn 8 – Cassis de Dijon; EuGH, Rs C-55/94, Slg 1995, I-4165 Rn 37 – Gebhard.

34 EuGH, Rs C-112/00, Slg 2003, I-5659 Rn 74 – Schmidberger.

35 *Förster* (Fn 32), S 83; *Remmert JURA* 2003, 13 (15); *Körber* EuR 2000, 932 (948); kritisch *Kronberg* (Fn 31), S 65 ff; *Preedy* Die Bindung Privater an die europäischen Grundfreiheiten, 2005, S 106; *Ganten* Die Drittwirkung der Grundfreiheiten, 2000, S 82 f.

36 St Rspr; grundlegend EuGH, Rs 267/86, Slg 1988, 4769 Rn 16 – Van Eycke.

37 So z. B. *Kingreen* (Fn 4), S 195 ff; s auch V.3.b).

Hiermit korrespondiert es, wenn auch der EuGH wiederholt auf das Vorhandensein einer *rechtlichen Autonomie* zum Erlass von kollektiven Regelungen *als funktionales Äquivalent zu staatlichen Maßnahmen* rekurriert³⁸. Maßgeblich ist damit die Vergleichbarkeit der Gefährdungswirkung³⁹. Charakteristisch für den staatsähnlichen⁴⁰ Auftritt intermediärer Gewalten ist der Erlass abstrakt-genereller Regelungen für eine Vielzahl von Privaten (Kriterium der Normgebung), denen diese infolge eines *Über- und Unterordnungsverhältnisses* unentrinnbar ausgeliefert sind (Kriterium der Unentrinnbarkeit⁴¹). Weitergehend wird im Schrifttum noch zum Teil auf das Merkmal eines von der intermediären Gewalt verfolgten *Allgemeininteresses* abgestellt⁴². Hiergegen spricht aber, dass die Gefährdung der Grundfreiheiten unabhängig davon ist, welche Zwecke die intermediäre Gewalt verfolgt. Private werden regelmäßig privatnützig tätig und verfolgen dann allenfalls mittelbar Allgemeininteressen. Hierbei handelt es sich aber weniger um eine Frage der Grundfreiheitenbindung als um ein Problem der Rechtfertigung.

b) Unmittelbare Drittwirkung bei Handeln im Außenverhältnis

Fall 3: Das finnische Fährunternehmen Viking betrieb das Schiff »Rosella« unter finnischer Flagge. Die Besatzung bestand aus Mitgliedern der finnischen Gewerkschaft FSU. Diese wiederum gehörte der ITF, einer weltweiten Föderation von Gewerkschaften im Transportsektor, an. Um Lohnkosten zu sparen beschloss Viking die »Rosella« nach Estland umzuflaggen. Die FSU kritisierte dies und bat die ITF, alle angeschlossenen Gewerkschaften (u.a. auch in Estland) aufzufordern, nicht mit Viking über die Beschäftigungsbedingungen zu verhandeln. Die ITF kam dieser Bitte eines Boykottaufrufs in einem Rundschreiben an die zusammengeschlossenen Gewerkschaften nach. Daraufhin erhob Viking Klage und beantragte die ITF zu verurteilen, das Schreiben zurückzuziehen und die FSU zu verpflichten, das Umflagungsvorhaben nicht länger zu beeinträchtigen. Dabei stützte sich Viking insbesondere auf die Niederlassungsfreiheit. Das angerufene nationale Gericht setzte das Verfahren aus und legte

dem EuGH die Frage vor, ob Maßnahmen wie die von FSU und ITF mit Art. 43 EG (Art. 49 AEUV) vereinbar seien.

Nachdem der EuGH die Grundfreiheitenbindung zunächst nur »verbandsintern« für das Innenverhältnis der *intermediären Gewalt* zu ihren Mitgliedern (bzw. der Verbansgewalt unterworfenen Personen) angenommen hatte, stellte sich in der Rs. *Viking* (Fall 3) die Frage, ob Gleiches auch für das *Außenverhältnis* gegenüber Dritten gilt. Der Gerichtshof bejahte dies sowohl für das Auftreten einer Gewerkschaft (wie der FSU) als auch eines Gewerkschaftsverbands (wie der ITF) gegenüber der Arbeitgeberseite.

Zur Begründung stützte sich der EuGH entscheidend darauf, dass die Beseitigung der Hindernisse für die Verwirklichung des Binnenmarktes gefährdet wäre, »wenn die Abschaffung der Schranken staatlichen Ursprungs durch Hindernisse neutralisiert werden könnte, die nicht dem öffentlichen Recht unterliegende Vereinigungen und Einrichtungen im Rahmen ihrer *rechtlichen Autonomie* setzen (...)«⁴³. Hinter dieser Argumentation steht das bereits skizzierte *Kriterium der funktionalen Äquivalenz* (III.1.a)) hoheitlicher und privater Maßnahmen. Danach ist es für die Verpflichtung innerhalb der Binnenmarktfreiheiten nicht entscheidend, ob die Arbeitsbedingungen in den einzelnen Mitgliedstaaten durch Gesetz oder durch Tarifvertrag geregelt werden. In beiden Fällen ist die Gefährdungswirkung für den Binnenmarkt äquivalent und die tarifgebundenen Arbeitnehmer/Arbeitgeber sind unabhängig von hoheitlichem oder privatem Handeln gebunden (Kriterien der Normgebung und der Unentrinnbarkeit). Das Interagieren der Tarifvertragsparteien muss den Verboten der Grundfreiheiten unmittelbar unterworfen sein, da dahinter ebenso die öffentliche Gewalt hätte stehen können⁴⁴. Anderenfalls würde den Mitgliedstaaten eine »Flucht in den Tarifvertrag« ermöglicht. Die unterschiedliche Regelung der Arbeitsbedingungen in den Mitgliedstaaten soll nicht durch eine Beschränkung der Grundfreiheitenbindung auf staatliche Akte zu binnenmarkthemmenden Ungleichheiten führen. Grund dafür ist erneut die effektive Durchsetzung des Unionsrechts⁴⁵.

Im vorliegenden Fall 3 machte es der von der ITF unterstützte Boykottaufruf der FSU für Viking weniger attraktiv und sogar zwecklos, von der Niederlassungsfreiheit Gebrauch zu machen⁴⁶. Dabei bestand zwar die Besonder-

³⁸ EuGH, Rs 36/74, Slg 1974, 1405 Rn 16/19 – Walrave; EuGH, Rs C-415/93, Slg 1995, I-4921 Rn 83 – Bosman; EuGH, Rs C-176/96, Slg 2000, I-2681 Rn 35 – Lehtonen; EuGH, verb Rs C-51/96 u C-191/96, Slg 2000, I-2549 Rn 47 – Deliege; EuGH, Rs C-309/99, Slg 2002, I-1577 Rn 120 – Wouters.

³⁹ Kronberg (Fn 31), S 84.

⁴⁰ Lengauer Drittwirkung von Grundfreiheiten, 2011, S 169 ff, S 113, 165; Jaensch (Fn 30), S 263, 266, 286.

⁴¹ Kronberg (Fn 31), S 107; Neumann/Ogorek NZG 2008, 892 (896).

⁴² N. C. Ipsen Private Normenordnungen als Transnationales Recht?, 2009, S 150; Jaensch (Fn 30), S 268 ff.

⁴³ EuGH, Rs C-438/05, Slg 2007, I-10779 Rn 57, s auch Rn 60 – Viking (Hervorhebung v Verf).

⁴⁴ EuGH aaO, Rn 34.

⁴⁵ GA Maduro, Schlussanträge v 23. 05. 2007, Rs C-438/05, Slg 2007, I-10779 Rn 37 f – Viking.

⁴⁶ EuGH, Rs C-438/05, Slg 2007, I-10779 Rn 72 – Viking.

heit, dass nicht ein Tarifvertrag als solcher Prüfungsmaßstab der Grundfreiheiten war, sondern (Streik-) Maßnahmen mit »nicht regulativem Charakter«⁴⁷. Das Handeln von FSU und ITF zielte darauf ab, Viking daran zu hindern, seine Schiffe in einem anderen EU-Mitgliedstaat registrieren zu lassen⁴⁸. Hinter der Kampfmaßnahme stand aber, als *übergeordneter* Handlungszweck, die Ermächtigung zur Gestaltung der Verträge von abhängiger Erwerbstätigkeit⁴⁹. Arbeitskampfmaßnahmen dienen der Forderung nach kollektiver Regelung der abhängigen Erwerbstätigkeit und sind demnach untrennbar mit dem Tarifvertrag verknüpft⁵⁰.

Insgesamt macht die Rs. *Viking* deutlich, dass die Grundfreiheitenbindung intermediärer Gewalten im Lichte des *effe tutile* der Grundfreiheiten nicht auf das Innenverhältnis gegenüber ihren Mitgliedern beschränkt bleibt. Vielmehr wird bei (unmittelbar oder mittelbar) staatsäquivalentem Handeln auch das Auftreten im Außenverhältnis gegenüber Dritten erfasst.

2. Sonstige (»einfache«) Private

Fall 4: Herr Angonese, ein italienischer Staatsangehöriger deutscher Muttersprache, bewarb sich auf ein Stellenangebot einer privaten Bankgesellschaft in Bozen. In der Ausschreibung wurde verlangt, die Zweisprachigkeit (Deutsch und Italienisch) mit einem Diplom der öffentlichen Verwaltung in Bozen nachzuweisen. Die Bescheinigung wird nach einer Prüfung ausgestellt, die nur in der Provinz Bozen stattfindet. Bei den dort wohnenden Bürgern ist es üblich, sich die Bescheinigung für jeden denkbaren Fall der Arbeitssuche zu beschaffen. Für »auswärtige« Bewerber ist es aufgrund der kurzen Bewerbungsfrist schwierig, die Bescheinigung rechtzeitig zu erhalten. Da der perfekt zweisprachige Angonese die Bescheinigung nicht vorweisen konnte, wurde seine Bewerbung abgelehnt. Das von ihm angerufene italienische Gericht setzte das Verfahren aus und ersuchte den EuGH um Vorabentscheidung bezüglich der Vereinbarkeit mit der Arbeitnehmerfreizügigkeit aus Art. 39 EG (Art. 45 AEUV).

In der Rs. *Angonese* (Fall 4) hat der EuGH eine neue Entwicklungsstufe der Drittwirkungsdogmatik eingeleitet. Die grundlegende Innovation dieser *zweiten Fallgruppe* liegt in der Ausdehnung des Adressatenkreises der Arbeitnehmerfreizügigkeit auf *sonstige (»einfache«) Private*⁵¹ in Individualverhältnissen. Vorliegend ging es gerade nicht um die Verpflichtung einer intermediären Gewalt im Rahmen von

Kollektivregelungen oder -maßnahmen⁵². Vielmehr standen sich ein Arbeitnehmer (Angonese) und ein privater Arbeitgeber (Bankgesellschaft) gegenüber. Den Anlass bildete eine versteckte – an den Wohnsitz anknüpfende – Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit⁵³.

Der Gerichtshof bejahte die Bindung des Arbeitgebers an die Arbeitnehmerfreizügigkeit und ging damit erstmals von einer Verpflichtung »einfacher« (d. h. nicht-staatsähnlicher) Privater im Rahmen der Grundfreiheiten aus⁵⁴. Zur Begründung stützte er sich zum einen darauf, dass das in Art. 39 EG (Art. 45 AEUV) enthaltene Diskriminierungsverbot allgemein formuliert sei und sich nicht speziell an die Mitgliedstaaten richte. Zum anderen handele es sich bei Art. 39 EG um eine spezifische Anwendung des allgemeinen Diskriminierungsverbots aus Art. 12 EG (Art. 18 AEUV), das auch für Private Verbindlichkeit entfalte⁵⁵.

Diese, in der Folge wiederholt bestätigte⁵⁶ *Angonese*-Rechtsprechung hat im Schrifttum neben Zustimmung auch mannigfaltige Kritik erfahren⁵⁷. Als problematisch erweist sich insbesondere, dass hiermit perspektivisch der Weg in Richtung einer uneingeschränkten (»allseitigen«) unmittelbaren Drittwirkung der Grundfreiheiten vorgezeichnet sein könnte⁵⁸. Das Resultat wäre eine ubiquitäre und unverhältnismäßige Einschränkung der grundrechtlich geschützten Privatautonomie⁵⁹. Zudem würde die überzeugende Ausgangsthese (III.1.a)) aufgegeben, wonach die Grundfreiheiten primär auf die Abwehr staatlicher Eingriffe abzielen und privates Handeln nur bei funktionaler Äquivalenz und vergleichbarer Gefährdungswirkung erfassen.

Selbst wenn man sich dieser Kritik aber unter – pauschaler – Berufung auf den *effet utile* nicht anschließen wollte, müsste die Annahme einer Grundfreiheiten-

⁴⁷ So auch *Roth* EWS 2013, 16 (22).

⁴⁸ EuGH, Rs C-438/05, Slg 2007, I-10779 Rn 73 – *Viking*.

⁴⁹ EuGH aaO, Rn 65.

⁵⁰ EuGH aaO, Rn 36.

⁵¹ EuGH, Rs C-281/98, Slg 2000, I-4139 Rn 36 – *Angonese*.

⁵² EuGH aaO, Rn 34.

⁵³ EuGH aaO, Rn 45.

⁵⁴ EuGH aaO, Rn 46.

⁵⁵ EuGH aaO, Rn 30, 34 ff.

⁵⁶ EuGH, Rs C-94/07, Slg 2008, I-5939 Rn 45, 48 – *Raccanelli*; EuGH, Rs C-172/11 NZA 2012, 863 Rn 36, 51 – *Erny*.

⁵⁷ Befürwortend *Preedy* (Fn 35), S 99, 102; *Forsthoff* EWS 2000, 389 (394, 397); kritisch *Perner* Grundfreiheiten, Grundrechte-Charta und Privatrecht, 2013, S 171; *Bachmann* AcP 2010, 424 (475 f); *Pießkalla* NZA 2007, 1144 (1146); *Michaelis* NJW 2001, 1841 (1842 f).

⁵⁸ *Brigola* Das System der EG-Grundfreiheiten, 2004, S 91.

⁵⁹ Ähnlich *Röthel* EuR 2001, 908 (916); ausführlich zum unionsgrundrechtlichen Schutz der Privat- und Parteiautonomie zuletzt *Kroll-Ludwigs* Die Rolle der Parteiautonomie im europäischen Kollisionsrecht, 2013, S 241 ff, die auf die Verankerung in einer Reihe von Einzelgrundrechten (insb Art 15 und 16 GRCh) sowie im Rahmen der als allgemeiner Rechtsgrundsatz (Art 6 III EUV) geschützten allgemeinen Handlungsfreiheit (s insoweit auch *Jarass* Charta der Grundrechte der EU, 2. Aufl 2013, Einl Rn 31 mwN) hinweist.

bindung »einfacher« Privater jedenfalls auf den Bereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit beschränkt bleiben⁶⁰. Allein hier lässt sich nämlich typischerweise ein gewisses Machtgefälle (*Über- und Unterordnungsverhältnis*) mit daraus resultierender Gefährdungswirkung für die effektive Durchsetzung der Grundfreiheiten nachweisen⁶¹. Im Umkehrschluss ist eine Übertragung der *Angonese*-Grundsätze auf die anderen Grundfreiheiten grundsätzlich abzulehnen. Dagegen lässt sich auch nicht die vermeintliche Konvergenz der Grundfreiheiten anführen. Insoweit ist zu beachten, dass Konvergenz kein Selbstzweck ist, sondern als rechtstatsächlicher Befund aus einer normbezogenen juristischen Analyse resultiert.

IV. Gegenentwurf: Warenverkehrsfreiheit?

Während die Rechtsprechung zur unmittelbaren Drittwirkung der Personenverkehrsfreiheiten und der Dienstleistungsfreiheit als gefestigt qualifiziert werden kann, zeichnet sich die EuGH-Judikatur zur Warenverkehrsfreiheit durch ihre Inkonsistenz aus. Im Einzelnen lassen sich drei Entwicklungsstufen nachzeichnen. Diese reichen von der apodiktischen Verneinung der unmittelbaren Horizontalwirkung über eine mittelbare Drittwirkung in Gestalt der Schutzpflichtenkonstruktion bis hin zum jüngst in der Rs. *Fra.bo* eingeleiteten Paradigmenwechsel in Richtung einer unmittelbaren Drittwirkung.

1. Apodiktische Verneinung einer unmittelbaren Drittwirkung

Im Bereich der Warenverkehrsfreiheit stellte der Gerichtshof zwar zunächst in der singulär gebliebenen Rs. *Dansk Supermarked* von 1981 begründungslos fest, »dass Vereinbarungen zwischen Privaten in keinem Fall von den zwingenden Bestimmungen des Vertrages über den freien Warenverkehr abweichen dürfen«⁶². In seiner Folgejudikatur nahm der EuGH hiervon aber Abstand und gelangte umgekehrt zur apodiktischen Verneinung einer direkten Privatrechtswirkung. Deutlich wird dies insbesondere in der Entscheidung *Vlaamse Reisbureaus* aus dem Jahr

1987. Dort hat der Gerichtshof unmissverständlich klargestellt, »[dass] sich die Artikel 30 und 34 EWG-Vertrag nur auf staatliche Maßnahmen und nicht auf Verhaltensweisen von Unternehmen beziehen (...)«⁶³. An dieser Linie, die im Schrifttum überwiegend auf Zustimmung gestoßen ist⁶⁴, hat der EuGH in nachfolgenden Entscheidungen festgehalten⁶⁵.

2. Entwicklung der Schutzpflichtendoktrin (mittelbare Drittwirkung)

Fall 5: Auf der Brenner-Autobahn, einer zentralen Nord-Süd-Transitachse, kam es zu einer Demonstration von Umweltschützern, die sich gegen den steigenden Transitverkehr wandten. Die rechtzeitig angezeigte Demonstration wurde von den österreichischen Behörden nicht untersagt und hatte eine etwa 30-stündige Blockade zur Folge. Die Behörden ließen sich von Überlegungen leiten, die mit der Achtung der Grundrechte auf Meinungsäußerungs- und Versammlungsfreiheit zusammenhängen. Herr S., ein deutscher Spediteur, klagte gegen Österreich und beanspruchte Schadensersatz dafür, dass seine LKWs während der Zeit der Demonstration nicht für Transporte von Deutschland nach Italien genutzt werden konnten. Das nationale Gericht befand den EuGH der Sache nach mit der Frage, ob Österreich europarechtlich verpflichtet gewesen sei, die Demonstration zu untersagen.

Ungeachtet der strikten Ablehnung einer direkten Privatrechtsbindung erkannte der Gerichtshof in der Folgezeit eine mittelbare Drittwirkung an. Hierzu entwickelte er das Institut einer Schutzpflicht der Mitgliedstaaten zur Abwehr nicht-staatlicher Handelsbeschränkungen. Diese »neue Funktion« der Grundfreiheiten⁶⁶ wurde bereits in der Entscheidung *Spanische Erdbeeren* aus dem Jahr 1997 »entdeckt«⁶⁷ und später in der Entscheidung *Schmidberger* (Fall 5) von 2003 bestätigt. In beiden Fällen bestand trotz der fehlenden unmittelbaren Zurechenbarkeit der privaten Einfuhrbeschränkungen und Handelsbehinderun-

⁶⁰ Völlig verneinend *Körber* (Fn 2), S 800, 809 ff.

⁶¹ Ebenso *Kronberg* (Fn 31), S 84 f, 95, 108; *Brigola* (Fn 58), S 90.

⁶² EuGH, Rs 58/80, Slg 1981, 181 Rn 17 – *Dansk Supermarked*; Deutung in Richtung einer unmittelbaren Drittwirkung z.B. *Pescatore* FS Kutscher, 1981, S 319 (333 Fn 34).

⁶³ EuGH, Rs 311/85, Slg 1987, 3801 Rn 30 – *Vlaamse Reisebureaus*; in diesem Sinne bereits vorher EuGH, verb Rs 177 u 178/82, Slg 1984, 1797 Rn 11 f, 14 – *Van de Haar*; EuGH, Rs 251/83, Slg 1984, 4177 Rn 20 – *Haug-Adrion*.

⁶⁴ Vgl z.B. *Körber* EuR 2000, 932 (949 f); *Möschel* NJW 1994, 781 (782); aA *Moench*, NJW 1982, 2689 (2690).

⁶⁵ EuGH, Rs 65/86, Slg 1988, 5249 Rn 11 f – *Bayer*; EuGH, Rs C-159/00, Slg 2002, I-5031 Rn 74 – *Sapod Audic*.

⁶⁶ *Szczekalla* DVBl 1998, 219 (219).

⁶⁷ EuGH, Rs C-265/95, Slg 1997, I-6959 Rn 30 ff – *Spanische Erdbeeren*; zuvor bereits aus der Lit *Jarass* EuR 1995, 202 (211); *Schaefer* Die unmittelbare Wirkung des Verbots der nichttarifären Handels hemmnisse (Art 30 EWGV) in den Rechtsbeziehungen zwischen Privaten, 1987, S 264 f.

gen⁶⁸ zur öffentlichen Hand eine objektive Gefährdung der Warenverkehrsfreiheit. Vor diesem Hintergrund leitete der EuGH mittelbar über die Garantie der Warenverkehrsfreiheit und Art. 10 EG (Art. 4 III 2 EUV) eine staatliche Schutzpflicht ab⁶⁹. Danach muss der Mitgliedstaat alle erforderlichen und geeigneten Maßnahmen ergreifen, damit der freie Warenverkehr nicht durch Handlungen von Privatpersonen beeinträchtigt wird⁷⁰. Innerhalb dessen kommt den zuständigen Stellen zwar ein weites Ermessen zu⁷¹. Die Mitgliedstaaten unterliegen aber immerhin einer Beachtung von Ermessensgrenzen, indem sie im Sinne eines Untermaßverbots⁷² verpflichtet sind, ausreichend gegen Verletzungen durch Private vorzugehen⁷³.

In der Literatur wurde die Anerkennung der Schutzpflichtenkonstruktion zum Teil als endgültige Absage an eine unmittelbare Drittwirkung der Warenverkehrsfreiheit interpretiert⁷⁴. Dabei blieb indes unberücksichtigt, dass der Gerichtshof hierzu keine klare Aussage gemacht hatte und nach den Vorlagefragen auch nicht machen musste (V.3.b)). Umgekehrt könnte sogar argumentiert werden, dass der EuGH implizit die Relevanz privater Beeinträchtigungen für die Grundfreiheiten deutlich gemacht hat⁷⁵. Vor dem Hintergrund des Binnenmarktziels erscheint es jedenfalls nicht widersprüchlich, wenn er jüngst in der *Fra.bo*-Entscheidung noch einen Schritt weiter in Richtung unmittelbarer Drittwirkung gegangen ist.

3. Die *Fra.bo*-Entscheidung: Paradigmenwechsel oder Akzentverschiebung?

Fall 6: Die in Italien ansässige Gesellschaft *Fra.bo* stellt sog. Kupferfittings (Verbindungsstücke) für Gas- und Wasserleitun-

gen her und vertreibt diese. Dafür beantragte sie in Deutschland die Zertifizierung der Verbindungsstücke beim DVGW, einem gemeinnützigen privatrechtlichen Verein ohne Gewinnerzielungsabsicht. Die vom DVGW erarbeiteten Normen werden durch die Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Wasser (AVBWasserV) explizit in Bezug genommen. Danach wird im Falle einer Zertifizierung durch den DVGW die Konformität mit dem nationalen Recht vermutet. *Fra.bo* hatte ein entsprechendes Zertifikat zunächst befristet erhalten. Im Rahmen einer Normänderung und des daraus resultierenden obligatorischen Nachprüfungsverfahrens stellte *Fra.bo* jedoch keinen Antrag auf Zusatzzertifizierung. Daraufhin wurde ihr das Zertifikat wieder entzogen bzw. nicht verlängert. *Fra.bo* erhob Klage auf Erteilung des Zertifikats mit der Begründung eines Verstoßes gegen EU-Recht. Das angerufene nationale Gericht ersuchte den EuGH um Vorabentscheidung im Hinblick auf die Auslegung der Art. 28, 81 und 86 II EG (Art. 34, 101 und 106 II AEUV).

In seinem *Fra.bo*-Urteil vom 12. Juli 2012 hält der Gerichtshof auf einer *ersten Stufe* fest, dass es sich beim DVGW um eine private Einrichtung handelt, deren Tätigkeit nicht dem Staat zugerechnet werden kann, da weder eine staatliche Finanzierung, noch ein maßgeblicher hoheitlicher Einfluss vorliegt⁷⁶. Vor diesem Hintergrund stellt sich in einem *zweiten Schritt* die Frage, »ob die *Tätigkeit einer privatrechtlichen Einrichtung* wie des DVGW (...) *ebenso wie staatliche Maßnahmen* Behinderungen des freien Warenverkehrs zur Folge hat«⁷⁷.

Der Gerichtshof bejaht dies und stützt sich insoweit auf dreierlei Erwägungen: *Erstens* habe der deutsche Gesetzgeber in § 12 IV AVBWasserV die Vermutung aufgestellt, dass Erzeugnisse, die vom DVGW zertifiziert werden, dem nationalen Recht entsprechen⁷⁸. *Zweitens* sei der DVGW »die einzige Einrichtung, die die im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Kupferfittings im Sinne von § 12 IV AVBWasserV zertifizieren kann (...)«⁷⁹. Diese faktische Monopolstellung des DVGW wird nach Ansicht des Gerichtshofs auch nicht durch die Alternative eines Sachverständigenverfahrens abgemildert. Denn die einschlägige Methode sei für die Wirtschaftsteilnehmer aus administrativen und finanziellen Gründen »(...) wenig oder gar nicht praktikabel (...)«⁸⁰. *Drittens* unterstreicht der Gerichtshof, dass »(...) nach Ansicht des vorlegenden Gerichts in der Praxis das Fehlen einer Zertifizierung durch den DVGW den Vertrieb der betreffenden Erzeugnisse auf dem deutschen Markt erheblich [erschwert]«. Eine Einrichtung wie der DVGW verfüge daher »(...) in Wirklichkeit über die

⁶⁸ *Preedy* (Fn 35), S 39, »tatsächliches Handeln Privater«; *Röthel* EuR 2001, 908 (913), »faktische Binnenmarktbeeinträchtigungen«.

⁶⁹ EuGH, Rs C-265/95, Slg 1997, I-6959 Rn 32, 39, 42, 66 – Spanische Erdbeeren; EuGH, Rs C-112/00, Slg 2003, I-5659 Rn 22, 59 f, 64 – Schmidberger.

⁷⁰ EuGH, Rs C-265/95, Slg 1997, I-6959 Rn 32 f, 39, 52, 56 – Spanische Erdbeeren; EuGH, Rs C-112/00, Slg 2003, I-5659 Rn 59 f – Schmidberger.

⁷¹ EuGH, Rs C-265/95, Slg 1997, I-6959 Rn 33 – Spanische Erdbeeren; EuGH, Rs C-112/00, Slg 2003, I-5659 Rn 82 – Schmidberger.

⁷² Grundlegend zum Untermaßverbot im nationalen Recht *Canaris* AcP 184 (1984), 201 (228); für eine Übertragbarkeit auf die Dogmatik der EU-Grundfreiheiten auch *Frenz* (Fn 16), Rn 733.

⁷³ *Canaris* (Fn 3), S 52ff; *Meurer* EWS 1998, 196 (200).

⁷⁴ So etwa *Burgi* EWS 1999, 327 (330 f); *Hirsch* ZEuS 1999, 503 (508).

⁷⁵ EuGH, Rs C-265/95, Slg 1997, I-6959 Rn 31 – Spanische Erdbeeren; EuGH, Rs C-112/00, Slg 2003, I-5659 Rn 58 – Schmidberger; ähnliche Deutung auch bei *Suerbaum* EuR 2003, 390 (394 f).

⁷⁶ EuGH, Rs C-171/11 EuZW 2012, 797 Rn 24 – *Fra.bo*.

⁷⁷ EuGH aaO, Rn 26 (Hervorhebungen v Verf.).

⁷⁸ EuGH aaO, Rn 17, 27, 32.

⁷⁹ EuGH aaO, Rn 17, 27, 29, 32.

⁸⁰ EuGH aaO, Rn 29.

Befugnis (...), den Zugang (...) [der] Kupferfittings zum deutschen Markt zu regeln«⁸¹.

Hinter diesem schlüssigen argumentativen Dreiklang aus gesetzlicher Konformitätsvermutung, Monopolstellung und Marktzugangsbeschränkung steht letztlich das, in Rn. 26 der Urteilsgründe zum Ausdruck kommende, grundlegende *Kriterium der funktionalen Äquivalenz*. Dieses bildet den *übergeordneten Prüfungsrahmen* für die vorstehenden drei Erwägungen. Im Einklang mit der Judikatur zur unmittelbaren Drittwirkung im Bereich der Personenverkehrsfreiheiten und der Dienstleistungsfreiheit kommt damit auch innerhalb der Warenverkehrsfreiheit das Merkmal der *rechtlichen Autonomie als funktionalen Äquivalent zu staatlichen Maßnahmen* zum Ausdruck (Kriterien der Normgebung [hier in Gestalt der Erstellung von technischen Normen]⁸² und der Unentrinnbarkeit). Im Sinne der effektiven Durchsetzung der Grundfreiheiten können im Rahmen eines *Tests des hypothetischen Staatshandelns* auch nicht-staatliche Beschränkungen der Binnenmarktfreiheiten erfasst und einer Grundfreiheitenprüfung unterzogen werden.

Bemerkenswert erscheint es freilich, dass sich der Gerichtshof an keiner Stelle mit seiner überkommenen Judikatur zur unmittelbaren Drittwirkung im Bereich der Warenverkehrsfreiheit (IV.1.) auseinandersetzt. Kritiker nehmen diese Tatsache zum Anlass, die *Fra.bo*-Entscheidung abzulehnen bzw. als besonderen Einzelfall zu deuten, dem keine allgemeine Aussage zur Drittwirkung für intermediäre Gewalten im Bereich der Warenverkehrsfreiheit zu entnehmen ist⁸³.

Zur Begründung werden drei Argumente vorgetragen. Diese umfassen neben der besonderen Struktur der Warenverkehrsfreiheit und der vorrangigen Anwendung der Wettbewerbsvorschriften auch den Hinweis auf eine Verantwortlichkeit des Staates aufgrund des Vorliegens einer »staatlichen Verweisungsnorm«⁸⁴. Keiner der drei Einwände greift indes durch. Was zunächst die vermeintliche Eigenart der Warenverkehrsfreiheit als Produktfreiheit angeht, so ist auf den Vergleich mit der Dienstleistungsfreiheit zu verweisen, die ebenfalls durch ihren produktbezo-

genen Charakter geprägt ist⁸⁵ und für die eine unmittelbare Drittwirkung in ständiger Rechtsprechung anerkannt wird⁸⁶. In systematischer Hinsicht erscheint daher die Judikatur zur direkten Privatrechtsbindung dieser Freiheit auch auf die Warenverkehrsfreiheit übertragbar.

Ebenso wenig überzeugen kann der Einwand des Vorrangs der unionsrechtlichen Wettbewerbsvorschriften. Dazu ist *zum einen* anzumerken, dass der EuGH im *Fra.bo*-Urteil die zweite Vorlagefrage (Wettbewerbsvorschriften) nur im Falle einer Verneinung der ersten (unmittelbare Drittwirkung) geprüft hätte⁸⁷. *Zum anderen* ist bereits unter III.1.a)aa) ausgeführt worden, dass die Wettbewerbsvorschriften des AEU-Vertrages und die Europäischen Grundfreiheiten nicht in einem kategorischen Alternativverhältnis stehen.

Was schließlich die »staatliche Verweisung« betrifft, so hat der EuGH in einem vorgeschalteten Schritt festgestellt, dass die private Tätigkeit des DVGW nicht hoheitlich zugeordnet werden kann (s.o.). Der Gerichtshof hat demnach eine, dem »Staat zurechenbare Konformitätsvermutung« für einen maßgebenden staatlichen Einfluss auf den DVGW nicht ausreichen lassen⁸⁸. Für dieses Ergebnis spricht die faktische Monopolstellung des DVGW, die nicht zwingend von der »staatlichen Verweisung« abhängig ist⁸⁹, da die gesetzliche Konformitätsvermutung nach der AVBWasserV grundsätzlich für das Zeichen jedes akkreditierten Branchenzertifizierers (nach a.F.: anerkannte Prüfstelle) gilt. Zudem steht die Marktzugangsbeschränkung nicht in unmittelbarem Zusammenhang mit der »staatlich zurechenbaren Konformitätsvermutung«, denn die Zertifizierung liegt allein in der Verantwortung des DVGW. Eine derartige Verweisung reicht demnach nicht aus, um den Staat wegen einer Verletzung der Warenverkehrsfreiheit zu verpflichten. Würde der Gerichtshof dann nicht wie im vorliegenden Fall *Fra.bo* eine unmittelbare Drittwirkung annehmen, könnte objektiven Beeinträchtigungen der Grundfreiheiten nicht wirksam begegnet werden. Das Vorgehen des EuGH lässt sich konsequent auf die tatsächliche

⁸¹ EuGH aaO, Rn 22, 30 f iVm. 26.

⁸² GA Trstenjak, Schlussanträge v 28. 03. 2012, Rs C-171/11 BeckRs 2012, 80688 Rn 43 ff – *Fra.bo*, »De-facto-Regelsetzungskompetenz« (Rn 45 – Hervorhebung im Original); s auch III.1.

⁸³ In diese Richtung *Schmahl/Jung* NVwZ 2013, 607 (610); *Schweitzer* EuZW 2012, 765 (767 f).

⁸⁴ *Schmahl/Jung* NVwZ 2013, 607 (611 f); *Schweitzer* EuZW 2012, 765 (768).

⁸⁵ So auch Schwarze/*Holoubek* EU-Kommentar, 3. Aufl 2012, Art 56, 57 AEUV Rn 2, 7 f mwN; *Pache Ehlers* (Fn 6), § 11 Rn 3; ferner *Kingreen* von Bogdandy/Bast (Hrsg) Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl 2009, 705 (746).

⁸⁶ Vgl die Nachweise in Fn 38.

⁸⁷ EuGH, Rs C-171/11 EuZW 2012, 797 Rn 16 – *Fra.bo*.

⁸⁸ Dazu *Kloepfer/Greve* DVBl 2013, 1148 (1152); *Streinz* JuS 2013, 182 (183); s auch EuGH, Rs C-171/11 EuZW 2012, 797 Rn 24 – *Fra.bo*, wo der EuGH es sogar als »unstreitig« bezeichnet, dass Deutschland »keinen maßgebenden Einfluss auf die Normungs- und Zertifizierungstätigkeiten des DVGW ausübt«.

⁸⁹ AA *Schmahl/Jung* NVwZ 2013, 607 (612); *Schweitzer* EuZW 2012, 765 (767 f).

Gefährdungswirkung privater Marktzugangsbeschränkungen zurückführen, denen im Lichte des Kriteriums der funktionalen Äquivalenz über das Instrument der unmittelbaren Drittwirkung abgeholfen werden kann.

Vor diesem Hintergrund spricht mehr dafür, die *Fra.bo*-Entscheidung nicht nur als bloße Akzentverschiebung, sondern als grundlegenden Paradigmenwechsel innerhalb der EuGH-Judikatur zur Warenverkehrsfreiheit zu deuten. In diesem Sinne handelt es sich zugleich um einen bedeutsamen Schritt in Richtung einer Konvergenz der Grundfreiheiten.

V. Offene Fragen

Die bisherigen Ausführungen waren einer kritischen Analyse der vorliegenden EuGH-Judikatur zur (unmittelbaren) Drittwirkung der Grundfreiheiten gewidmet. Ungeachtet der dabei festgestellten Vielzahl gesicherter Erkenntnisse bestehen noch offene Fragen, die nachfolgend einer Klärung zugeführt werden sollen.

1. Unmittelbare Drittwirkung bei rein beschränkenden Maßnahmen sonstiger (»einfacher«) Privater?

In den ersten Entscheidungen des EuGH zur unmittelbaren Drittwirkung standen ausschließlich diskriminierende Maßnahmen Privater auf dem Prüfstand⁹⁰. In der Entscheidung *Bosman* stellte der Gerichtshof dann – wie gezeigt (III.1.a)) – klar, dass eine unmittelbare Drittwirkung auch für rein beschränkende Maßnahmen gilt, die »unabhängig von der Staatsangehörigkeit (...) Anwendung finden«⁹¹. Noch offen ist in Anbetracht des Sonderfalls *Angonese* dagegen, ob die Grundfreiheiten auch gegenüber »einfachen« Privaten in ihrer Funktion als Diskriminierungs- und Beschränkungsverbote zum Tragen kommen⁹². Im Schrifttum wird die Judikatur des EuGH z.T. dahingehend gedeutet, dass sonstige (»einfache«) Private im Grundsatz »nur« bei Diskriminierungen und intermediäre Gewalten auch bei Beschränkungen Adressaten der Grundfreiheiten sein kön-

nen⁹³. Hiergegen ist aber *zum einen* einzuwenden, dass sich der Gerichtshof zur Problematik bislang überhaupt noch nicht äußern musste. *Zum anderen* hängt das Gefährdungspotential für den Binnenmarkt nicht entscheidend von der – ohnehin vielfach nicht trennscharf möglichen⁹⁴ – Abgrenzung zwischen diskriminierenden und rein beschränkenden Maßnahmen ab⁹⁵. Berücksichtigung kann diese Unterscheidung somit allenfalls im Rahmen der Abwägung auf der Rechtfertigungsebene finden. Wird daher eine unmittelbare Drittwirkung von sonstigen (»einfachen«) Privaten bejaht, muss sich diese bei konsequenter Betrachtung auch auf reine Beschränkungen erstrecken.

2. Unmittelbare Drittwirkung im Rahmen der Kapitalverkehrsfreiheit?

Eine zweite Lücke in der Drittwirkungs-Judikatur des EuGH besteht im Fehlen einschlägiger Entscheidungen zur Kapitalverkehrsfreiheit⁹⁶. Von diesem rein faktischen Befund kann freilich – entgegen vereinzelter Stimmen im Schrifttum⁹⁷ – nicht auf eine Verneinung der direkten Privatrechtswirkung von Art. 63 AEUV geschlossen werden. Nur im Ergebnis kann es ferner überzeugen, wenn im jüngeren Schrifttum aus der *Fra.bo*-Entscheidung des EuGH eine unmittelbare Drittwirkung auch für die Kapitalverkehrsfreiheit abgeleitet wird⁹⁸. Die insoweit erfolgende Argumentation mit dem produktbezogenen Charakter beider Grundfreiheiten erfasst das Wesen der Kapitalverkehrsfreiheit nur partiell. Richtigerweise handelt es sich bei der Kapitalverkehrsfreiheit um eine »gemischte« Freiheit. Diese setzt sich aus Elementen der Produktverkehrsfreiheiten zusammen. Exemplarisch hierfür sind die rendite- und spekulationsorientierten Portfolioinvestitionen zu nennen, bei denen das »Finanzprodukt« im Mittelpunkt steht⁹⁹. Darüber hinaus weist die Kapitalverkehrsfreiheit aber auch Verwandtschaft mit der Niederlassungsfreiheit als Personenverkehrsfreiheit auf. Dies verdeutlicht der Blick auf den grundfreiheitlichen Schutz von Direktinvestitionen, die dadurch gekennzeichnet sind, dass der Investor mit seiner Vermögensbeteiligung kontrollierenden Ein-

⁹⁰ EuGH, Rs 36/74, Slg 1974, 1405 Rn 16/19 – Walrave.

⁹¹ EuGH, Rs C-415/93, Slg 1995, I-4921 Rn 96 – Bosman; bestätigt in EuGH, verb Rs C-51/96 u C-191/96, Slg 2000, I-2549 Rn 64 – Deliege.

⁹² EuGH, Rs C-281/98, Slg 2000, I-4139 Rn 36ff – Angonese, wo herausgearbeitet wurde, dass die Arbeitnehmerfreizügigkeit vorliegend als *Diskriminierungsverbot* zur Anwendung gelangte.

⁹³ *Preedy* (Fn 35), S 55, 60f; gegen jede Drittwirkung des Beschränkungsverbots *Forsthoef* EWS 2000, 389 (393).

⁹⁴ Vgl EuGH, Rs C-281/98, Slg 2000, I-4139 Rn 41 – Angonese.

⁹⁵ So im Ergebnis auch *Brigola* (Fn 58), S 91.

⁹⁶ *Verse* ZIP 2008, 1754 (1759); *Wagner* ÖJZ 2007, 634 (638).

⁹⁷ *Körber* EuR 2000, 932 (950).

⁹⁸ *Schmah/Jung* NVwZ 2013, 607 (610).

⁹⁹ EuGH, verb Rs C-282/04 und C-283/04, Slg 2006, I-9141 Rn 19 – Kommission/Niederlande.

fluss auf das Unternehmen ausüben möchte¹⁰⁰. Hier sind im Grundsatz sowohl die Niederlassungs- als auch die Kapitalverkehrsfreiheit einschlägig¹⁰¹ wobei die Auflösung des Konkurrenzverhältnisses zu den umstrittensten Fragen der Grundfreiheitendogmatik zählt¹⁰².

Auch wenn es sich bei der Kapitalverkehrsfreiheit mit hin nicht um eine reine Produktverkehrsfreiheit handelt, ändert dies nichts am Ergebnis der Anerkennung einer unmittelbaren Drittwirkung auch im Rahmen von Art. 63 AEUV. In Rechnung zu stellen ist insoweit, dass eine unmittelbare Drittwirkung sowohl der Produktverkehrsfreiheiten als auch der Personenverkehrsfreiheiten seit der *Fra.bo*-Entscheidung durchgängig der EuGH-Judikatur entspricht. Damit ist kein Grund ersichtlich, weshalb die Drittwirkungsdoktrin vor der Kapitalverkehrsfreiheit als »gemischter« Freiheit Halt machen sollte¹⁰³.

3. Abgrenzung von mittelbarer und unmittelbarer Drittwirkung

Zwei weitere umstrittene Fragen ergeben sich mit Blick auf die Abgrenzung von mittelbarer und unmittelbarer Drittwirkung. Klärungsbedürftig ist hier *zum einen*, inwieweit die Schutzpflichtenkonstruktion als Spielart der mittelbaren Drittwirkung auf die anderen Grundfreiheiten übertragbar ist. *Zum anderen* ist der Frage des Verhältnisses von Schutzpflichten einerseits und unmittelbarer Privatrechtswirkung andererseits nachzugehen.

a) Erstreckung der Schutzpflichtenkonstruktion auf alle Grundfreiheiten?

Was zunächst die Erstreckung der Schutzpflichtenkonstruktion angeht, so spricht hierfür entscheidend, dass auch bei den anderen Grundfreiheiten Fallgestaltungen denkbar sind, in denen private Beeinträchtigungen des Binnenmarktes effektiv nur im Wege eines hoheitlichen Handelns in Erfüllung einer staatlichen Schutzpflicht be-

seitigt werden können¹⁰⁴. Exemplarisch sind insoweit die Besetzung von Niederlassungen ausländischer Unternehmen oder gewalttätige Ausschreitungen gegen Arbeitnehmer, Dienstleister oder Finanzinstitute aus anderen Mitgliedstaaten zu nennen¹⁰⁵. Nicht zuletzt mit der *Fra.bo*-Entscheidung hat der EuGH im Übrigen bestätigt, dass die Warenverkehrsfreiheit keine dogmatische »Sonderstellung« im System der Grundfreiheiten aufweist. Auch in struktureller Hinsicht sind daher keine Bedenken gegen eine Übertragung der Schutzpflichtendoktrin auf die anderen Binnenmarktfreiheiten erkennbar.

b) Alternativität oder Kumulation?

Was im Weiteren das Verhältnis von mittelbarer und unmittelbarer Drittwirkung der Grundfreiheiten betrifft, so sind im Wesentlichen zwei Ansichten denkbar. Der *erste Ansatz* ist dadurch charakterisiert, dass bei jeder einzelnen Grundfreiheit ein striktes *Alternativitätsverhältnis* besteht. Dies würde bedeuten, dass auf einer abstrakten Ebene stets nur entweder eine unmittelbare oder eine mittelbare Drittwirkung denkbar wäre¹⁰⁶. Die Anerkennung einer Schutzpflicht des Staates für alle Grundfreiheiten (V.III.a)) schließt es indes nach dem vorzugswürdigen *Gegenmodell* nicht aus, zu dieser auch *kumulativ* eine direkte Privatrechtsbindung treten zu lassen¹⁰⁷.

Hierfür lässt sich *erstens* die EuGH-Rechtsprechung in den Rs. *Spanische Erdbeeren* und *Schmidberger* anführen. Dort stand nämlich gerade kein »Entweder-Oder-Verhältnis« im Raum. Die Ausführungen des Gerichtshofs enthalten daher auch keinerlei Anhaltspunkte im Sinne einer Ablehnung der Lehre von der direkten Privatrechtsbindung¹⁰⁸. Der Grund dafür ist, dass beide Fälle allein auf das staatliche Handeln bzw. Unterlassen eines Mitgliedstaats

¹⁰⁰ Ibid.

¹⁰¹ Vgl. z.B. EuGH, Rs C-367/98, Slg 2002, I-4731 Rn 38, 56 – Kommission/Portugal; aus der Lit Schwarze/Glaesner (Fn 85), Art 63 AEUV Rn 11f.

¹⁰² Statt vieler Streinz/Sedlaczek/Züger (Fn 10), Art 63 AEUV Rn 31ff.

¹⁰³ So im Ergebnis auch GA Trstenjak, Schlussanträge v 28. 03. 2012 Rs C-171/11 BeckRs 2012, 80688 Rn 44 – *Fra.bo*.

¹⁰⁴ Vgl. EuGH, Rs C-438/05, Slg 2007, I-10779 Rn 61f – Viking; aus der Lit Kronberg (Fn 31), S 106.

¹⁰⁵ Meurer EWS 1998, 196 (202).

¹⁰⁶ Vgl. für eine ausschließlich mittelbare Drittwirkung Canaris (Fn 3), S 49ff; Körber EuR 2000, 932 (951); Streinz/Leible EuZW 2000, 459 (465ff); Burgi EWS 1999, 327 (330 f).

¹⁰⁷ In diese Richtung auch Kronberg (Fn 31), S 105; Brigola (Fn 58), S 90; Vieweg/Röthel ZHR 2002, 6 (20); zu weitgehend aber Roth (EWS 2013, 16 [24f]) und Perner ([Fn 57], S 170), die von einer logisch zwingenden Verknüpfung zwischen staatlicher Schutzpflicht und direkter Privatrechtsbindung ausgehen. Hiergegen spricht, dass zwischen der materiellen Beschränkung der Grundfreiheit einerseits und der formalen Stellung als Verpflichtungsadressat andererseits zu unterscheiden ist.

¹⁰⁸ EuGH, Rs C-265/95, Slg 1997, I-6959 Rn 32 – Spanische Erdbeeren; EuGH, Rs C-112/00, Slg 2003, I-5659 Rn 59 – Schmidberger; aus der Lit Röthel EuR 2001, 908 (913).

(Frankreich bzw. Österreich) bezogen waren. Gerade die Gegenüberstellung der Entscheidungen *Spanische Erdbereen* bzw. *Schmidberger* einerseits und *Fra.bo* andererseits, macht zweitens deutlich, dass die Institute der mittelbaren und der unmittelbaren Drittwirkung *unterschiedliche Adressaten* erfassen. Die Bindung (Sanktionierung) des einen (Staat) steht gegenüber der Verpflichtung des anderen (Privater) nicht in einem logischen Ausschlussverhältnis¹⁰⁹. Vielmehr spricht *drittens* die effektive Durchsetzung der Grundfreiheiten dafür, sowohl die Schutzpflichtenkonstruktion als auch die Figur der unmittelbaren Drittwirkung kumulativ im Rahmen jeder einzelnen Grundfreiheit als Instrument anzuerkennen.

Im konkreten Einzelfall kommt es darauf an, auf welche Weise dem Schutz und der Förderung des Binnenmarktes am effektivsten Rechnung getragen werden kann¹¹⁰. Es kann weder pauschal von der primären Anwendung der Schutzpflichtenkonstruktion noch von einer generell höheren Effektivität der direkten Privatrechtsbindung ausgegangen werden¹¹¹. Theoretisch erscheint es sogar denkbar, dass im konkreten Fall beide Figuren Anwendung finden.

4. Rechtfertigung von privatem Handeln

Steht im Lichte der vorstehenden Ausführungen fest, dass Privatrechtssubjekte in weitem Umfang an die Grundfreiheiten gebunden sind, stellt sich die in der EuGH-Judikatur gleichfalls noch nicht abschließend geklärte Folgefrage nach den Rechtfertigungsmöglichkeiten. Parallel zum staatlichen Handeln kann insoweit zwischen geschriebenen und ungeschriebenen Rechtfertigungsgründen unterschieden werden. Im einen wie im anderen Fall ist zudem eine Verhältnismäßigkeitsprüfung durchzuführen¹¹².

Paradigmatisch für die prinzipielle Möglichkeit einer Anwendung der *geschriebenen und ungeschriebenen Rechtfertigungsgründe* auf privates Handeln ist die Rs. *Bosman*. Dort kam der EuGH zunächst bezüglich der *ordre public*-Gründe aus Art. 45 III AEUV zu dem Schluss, »(...) daß die Rechtfertigungsgründe (...) von Privatpersonen geltend gemacht werden [können]«. Der öffentliche oder private Charakter der betreffenden Regelung habe »keinen Einfluss auf die Tragweite oder den Inhalt dieser Rechtfertigungs-

gründe«¹¹³. Darüber hinaus stellte der Gerichtshof, mit Blick auf die nicht-diskriminierenden Transferregelungen, explizit die Frage nach dem Vorliegen von »*zwingenden Gründen des Allgemeininteresses*«¹¹⁴. In der späteren Entscheidung *Viking* hat der Gerichtshof den von FSU/ITF verfolgten »Schutz der Arbeitnehmer« sogar explizit zu den zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gezählt¹¹⁵. Für dieses Vorgehen spricht eine Kontrollüberlegung: Begründet man die Privatrechtswirkung (zumindest auch) damit, dass der Staat seiner Grundfreiheitenbindung nicht dadurch entfliehen kann, dass er Regelungsbefugnisse auf Private verlagert, dann müssen die gebundenen Privaten umgekehrt (gewissermaßen kompensatorisch) grundsätzlich zumindest diejenigen Rechtfertigungsgründe geltend machen können, die auch dem Staat zu Gebote gestanden hätten. Zu prüfen ist mit anderen Worten, ob bei einem hypothetischen (»gedachten«) Staatshandeln eine Rechtfertigung möglich gewesen wäre.

Dessen ungeachtet bleibt festzuhalten, dass Private typischerweise keine Gemeinwohlinteressen verfolgen, sondern privatnützig handeln. Würde man die Rechtfertigungsmöglichkeit nun im Horizontalverhältnis auf die geschriebenen Gründe und die zwingenden Erfordernisse des Allgemeininteresses begrenzen, wäre der Rechtfertigungsrahmen denkbar eng gesteckt. Vor diesem Hintergrund sind zwei Lösungsansätze zur Entwicklung passgenauer Rechtfertigungsgründe denkbar.

In der Rs. *Angonese* hat der Gerichtshof zunächst den Weg hin zu einer Anpassung und Erweiterung der ungeschriebenen Rechtfertigungsgründe auf Drittwirkungskonstellationen gewiesen¹¹⁶. Gefordert werden nicht mehr »*zwingende Gründe des Allgemeininteresses*« sondern lediglich »*sachliche Erwägungen*«. Diese müssen dann »(...) unabhängig von der Staatsangehörigkeit der betroffenen Personen und in Bezug auf das berechtigterweise verfolgte Ziel verhältnismäßig [sein]«¹¹⁷. Eine Rückbindung an Gemeinwohlbelange wird nicht vorausgesetzt. Da im vorliegenden Urteil jedoch eine (versteckte) Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit vorlag, wurden »*sachliche Erwägungen*« durch den Gerichtshof nicht ge-

¹⁰⁹ So auch *Burgi* EWS 1999, 327 (330 Rn 46).

¹¹⁰ Ähnlich *Röthel* EuR 2001, 908 (914).

¹¹¹ AA *Körber* (Fn 2), S 807; *Streinz/Leible* EuZW 2000, 459 (466).

¹¹² Im Grundsatz auch *Forsthoff* EWS 2000, 389 (395 f).

¹¹³ EuGH, Rs C-415/93, Slg 1995, I-4921 Rn 86 – *Bosman*; zustimmend *Forsthoff* EWS 2000, 389 (395); kritisch *Streinz/Leible* EuZW 2000, 459 (461).

¹¹⁴ EuGH, Rs C-415/93, Slg 1995, I-4921 Rn 104 – *Bosman*; s auch GA Lenz, Schlussanträge v 20. 09. 1995, Rs C-415/93, Slg 1995, I-4921 Rn 216 – *Bosman*, »überragend wichtiges Verbandsinteresse« als zwingender Grund des Allgemeininteresses.

¹¹⁵ EuGH, Rs C-438/05, Slg 2007, I-10779 Rn 75 ff – *Viking*.

¹¹⁶ *Forsthoff* EWS 2000, 389 (395).

¹¹⁷ EuGH, Rs C-281/98, Slg 2000, I-4139 Rn 42 – *Angonese*.

prüft¹¹⁸. Der EuGH hat diese Formulierung in seiner späteren Judikatur freilich nicht wieder aufgegriffen¹¹⁹. Ein Grund hierfür mag sein, dass es dem Begriff der »sachlichen Erwägungen« an jeglicher dogmatischen Verwurzelung und Abgrenzungsschärfe fehlt¹²⁰.

Vorzugswürdig erscheint vor diesem Hintergrund vielmehr die direkte Heranziehung der *EU-Grundrechte* als Rechtfertigungsgründe¹²¹. Hiermit korrespondiert es, wenn auch der EuGH in den Rs. *Bosman*, *Viking* und *Laval* anerkennt, dass sich ein privater Verpflichteter innerhalb einer Drittwirkung der Grundfreiheiten zur Rechtfertigung auf Unionsgrundrechte, wie die Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit (Art. 12 GRCh)¹²² sowie das Recht auf Kollektivverhandlungen und Kollektivmaßnahmen (Art. 28 GRCh)¹²³ berufen kann.

Dieser Ansatz hat zwar zur Folge, dass in allen Fällen einer Grundfreiheitenbindung Privater ein schonender Ausgleich mit den kollidierenden Grundrechten des Verpflichteten vorzunehmen ist. Hiermit wird aber gerade dem Umstand Rechnung getragen, dass die Anerkennung einer Drittwirkung der Grundfreiheiten bereits per definitionem eine Gefährdung zumindest der grundrechtlich geschützten Privatautonomie des Verpflichtungsadressaten bedeutet.

Der Konflikt zwischen Grundfreiheiten und Grundrechten, als prinzipiell gleichrangigen Garantien, muss dann im Wege eines schonenden Ausgleichs, unter möglichst optimaler Realisierung der widerstreitenden Rechte aufgelöst werden¹²⁴. Gefordert ist mithin die Herstellung *praktischer Konkordanz* durch »verhältnismäßige« Zuordnung¹²⁵. Modellhaft hierfür steht – im Kontext der mittel-

baren Drittwirkung – die Rs. *Schmidberger*, in der der Gerichtshof einen schonenden Ausgleich zwischen der Warenverkehrsfreiheit einerseits und der Meinungsäußerungs- und Versammlungsfreiheit andererseits hergestellt hat¹²⁶.

VI. Resümee

Insgesamt bleibt festzuhalten, dass sich die Drittwirkungsdogmatik des Gerichtshofs auf ein logisch schlüssiges System zurückführen lässt. Zwar stellt der Wunsch nach Konvergenz der Grundfreiheiten keine eigenständige Argumentationsfigur dar. Die vorstehende Analyse hat aber deutlich gemacht, dass die in Richtung einer einheitlichen Dogmatik für alle Grundfreiheiten weisende Judikatur auch im Bereich der Drittwirkung hohe Überzeugungskraft entfaltet.

Im Einzelnen ist insoweit ein Fünffaches festzuhalten. *Erstens* können alle Grundfreiheiten eine *unmittelbare Drittwirkung* gegenüber Diskriminierungen und Beschränkungen von *intermediären Gewalten*, unabhängig von einem Handeln im Innen- oder Außenverhältnis, entfalten. Entscheidend kommt es dabei auf die Ausübung einer *rechtlichen Autonomie als funktionales Äquivalent zu staatlichem Handeln* an (*Test des hypothetischen Staatshandelns*). *Zweitens* folgt hieraus zugleich die grundsätzliche Absage an eine Bindung *sonstiger* (»einfacher«) Privater an die Grundfreiheiten. Eine Ausnahme kann allenfalls für den durch das *Über- und Unterordnungsverhältnis* geprägten Sonderfall der Arbeitnehmerfreizügigkeit gelten. Im Übrigen trifft »einfache« Private aus Gründen des Schutzes der Privatautonomie »nur« eine *mittelbare Drittwirkung* in Form der Schutzpflichtenkonstruktion. Das Institut der Schutzpflicht des Staates ist keine Besonderheit der Warenverkehrsfreiheit, sondern kann *drittens* auch auf alle anderen Grundfreiheiten übertragen werden. Aus dem soeben Erwähnten folgt wiederum *viertens* die Möglichkeit, dass die Grundfreiheiten sowohl unmittelbar *als auch* mittelbar gegenüber Privaten wirken. Für die Abgrenzung kommt es entscheidend darauf an, welcher Lösungsansatz im Einzelfall zu einer effektiveren Verwirklichung des Unionsrechts führt (*effet utile*). Als Konsequenz der umfänglichen Bindung Privater an die Grundfreiheiten ergibt sich schließlich *fünftens* ebenfalls eine Erweiterung der *Rechtfertigungsmöglichkeiten*. *Zum einen* können sich Private

¹¹⁸ EuGH aaO, Rn 45 iVm. 42; allg zur – umstrittenen und in der EuGH-Judikatur uneinheitlich beurteilten – Anwendbarkeit der ungeschriebenen Rechtfertigungsgründe auf diskriminierende Maßnahmen *Dausen/Brigola* Dausen (Hrsg) EU-Wirtschaftsrecht, EL 2013, C.I. Rn 275 ff.

¹¹⁹ EuGH, Rs C-94/07, Slg 2008, I-5939 – Raccanelli; EuGH, Rs C-172/11 NZA 2012, 863 – Erny.

¹²⁰ Kritisch auch Ehlers JK 01, EG Art 39/1.

¹²¹ Vgl im Kontext staatlichen Handelns EuGH, Rs C-112/00, Slg 2003, I-5659 – Schmidberger.

¹²² EuGH, Rs C-415/93, Slg 1995, I-4921 Rn 79 f – Bosman, wo die Prüfung der Grundrechte unsystematisch bei der Anwendbarkeit der Grundfreiheit erfolgt.

¹²³ EuGH, Rs C-438/05, Slg 2007, I-10779 Rn 77 – Viking; EuGH, Rs C-341/05, Slg 2007, I-11767 Rn 91 – Laval.

¹²⁴ So auch Löwisch Die horizontale Direktwirkung der Europäischen Grundfreiheiten, 2009, S 263 f; Graber Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten, 2002, S 226; Ganten (Fn 35), S 176 f.

¹²⁵ Grundlegend zu dieser Rechtsfigur im nationalen Verfassungsrecht K. Hesse Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl 1995, Rn 317 ff; für eine Übertragbarkeit auf die

Grundfreiheitendogmatik Jarass EuR 2013, 29 (30f); kritisch Röthel EuR 2001, 908 (916).

¹²⁶ EuGH, Rs C-112/00, Slg 2003, I-5659 Rn 65 ff, 95 – Schmidberger; s auch IV.2.

grundsätzlich auch auf die ursprünglich für hoheitliche Maßnahmen zugeschnittenen Rechtfertigungsgründe berufen (Test des hypothetischen Staatshandelns). Diese umfassen insbesondere die *ordre public*-Gründe sowie die zwingenden Erfordernisse/Gründe des Allgemeininter-

ses. *Zum anderen* spielen im Kontext der unmittelbaren Drittwirkung die EU-Grundrechte eine besondere Rolle, da zumindest die grundrechtlich geschützte Privatautonomie regelmäßig in den Abwägungsprozess eingebracht werden kann.